

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS
EFEITOS NA LEI 12.846/2013

MARIANA DA SILVA PEREIRA DE MELLO

RIO DE JANEIRO
2018/1º SEMESTRE

MARIANA DA SILVA PEREIRA DE MELLO

**DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS
EFEITOS NA LEI 12.846/2013**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.**

RIO DE JANEIRO
2018/ 1º SEMESTRE

MARIANA DA SILVA PEREIRA DE MELLO

**DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS
EFEITOS NA LEI 12.846/2013**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.**

Data da aprovação ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2018, PRIMEIRO SEMESTRE

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

M527d Mello, Mariana da Silva Pereira de
Discricionariedade dos atos da Administração
Pública e seus efeitos na Lei 12.846/2013 / Mariana
da Silva Pereira de Mello. -- Rio de Janeiro, 2018.
62 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Discricionariedade administrativa. 2. Lei
12.846/2013. 3. Combate à corrupção. I. Macedo,
Carmen Lúcia, orient. II. Título.

DADOS PESSOAIS

Mariana da Silva Pereira de Mello

DRE nº. 113084860

Telefone: (21) 22056137

Celular: (21) 9 96064055

E-mail: spmello.mariana@gmail.com

Endereço: Rua Pereira da Silva, nº 330, apartamento 604, Laranjeiras, Rio de Janeiro – RJ

Turno: Integral

Orientadora: Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo

À minha avó, Cléa, e à minha mãe, Renata, por todo amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Marcelo, por todo suporte desde o início de minha vida. Ao meu avô, Jorge, por todo zelo e preocupação de costume. À minha família, por toda base.

Aos meus amigos, Úrsula, Danielle, Isabella, Matheus e Giovanna, por compartilharem na pele todos os sofrimentos e, em especial, alegrias vividas nesses cinco anos de vida acadêmica.

Às minhas companheiras de vida, Betina, Cecília e Ana Flávia, por todo apoio e carinho, mesmo nos momentos em que estive ausente.

Às minhas queridas amigas, Amanda, Karoline e Thaís, que me fizeram crescer e compreender que a vida é feita de amor e companheirismo, em qualquer tempo e ambiente.

Aos meus companheiros do Caldas Barbalho Advogados e Riski Advogados, por todo conhecimento transmitido ao longo desses, quase, três anos de advocacia.

Aos meus irmãos, Paula e João Vítor, por estarem ao meu lado em qualquer situação, principalmente, naquelas mais complicadas, sempre com amor e sem julgamentos.

Novamente, à minha avó, Cléa, e à minha mãe, Renata, pelo amor incondicional e incansável.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a os efeitos da discricionariedade nos dispositivos da Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. A corrupção é um fenômeno que assola a população mundial e, verifica-se que, por estar enraizada em todas as estruturas sociais, torna-se a causa do baixo desenvolvimento brasileiro. Diante de uma análise prévia e individual do instituto da discricionariedade administrativa e da Lei 12.846/2013, extrai-se todas as características e inovações de cada um, buscando, ao final, produzir um estudo conjunto dos impactos que esse instituto promove nos casos concretos de aplicação da legislação. Por versar sobre um tema de tamanha relevância na ordem socioeconômica brasileira, é grande o risco de que a margem de liberdade concedida à Administração Pública, nas mãos de agente mal intencionados, pode tornar-se uma arbitrariedade e, portanto, um ato de corrupção. Nesse sentido, o objetivo do diploma teria seu efeito reverso, fomentando, ainda mais, a perpetuação da cultura corrupta no país.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; Administração Pública; Lei 12.846/2013; corrupção; arbitrariedade; ordem socioeconômica.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the effects of discretion in the provisions of Law 12.846 / 2013, known as the Anti-Corruption Law. Corruption is a phenomenon that devastates the world population, and it is verified that, because it is rooted in all social structures, it becomes the cause of the low Brazilian development. In the face of a previous and individual analysis of the institute of administrative discretion and of Law 12.846 / 2013, all the characteristics and innovations of each are extracted, aiming, at the end, to produce a joint study of the impacts that this institute promotes in the concrete cases of implementation of legislation. Because it deals with a subject of such importance in the Brazilian socio-economic order, there is a great risk that the margin of freedom granted to the Public Administration, in the hands of malicious agents, may become an arbitrary act and therefore an act of corruption. In this sense, the objective of the diploma would have its reverse effect, further fomenting the perpetuation of the corrupt culture in the country.

Keywords: administrative discretion; Public Administration; Law 12.846 / 2013; corruption; arbitrariness; socioeconomic order

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS PRELIMINARES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	
12	
1.1. Caracterização do Poder Discricionário.....	12
1.2. Esfera de aplicação da discricionariedade	15
1.3. Limites dos atos discricionários.....	19
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.846/2013	23
2.1. Criação e contexto histórico.....	23
2.2. Análise da Lei 12.846/2013.....	26
2.2.1. Ampliação da Responsabilidade Civil e Administrativa	27
2.2.2. Elementos inovadores da Lei Anticorrupção.....	30
2.2.3. Sanções Punitivas.....	34
2.2.4. Processo Administrativo de Responsabilização	39
2.2.5. Prescrição	41
2.3. Retrospectiva dos impactos causados em cinco anos de vigor da lei	43
3. EFEITOS DA DISCRICIONARIEDADE NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	46
3.1. Dispositivos sujeitos ao Poder Discricionário da Administração	48
3.1.1. Aplicação das sanções administrativas	49
3.1.2. Discrição no Acordo de Leniência.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Como é cediço a qualquer cidadão nacional, o fenômeno da corrupção encontra-se entranhado ao desenvolvimento histórico do país, estando permeado em nossa cultura desde os primórdios tempos coloniais. Hodiernamente, seguindo, inclusive, um movimento global de combate a esse tipo de prática, o Estado brasileiro busca erradicá-la de suas estruturas, através de uma série de medidas judiciais e legislativas, tais como a Lei 12.846/2013.

Em que pese a intenção supracitada, torna-se um desafio gigantesco para a Administração Pública evitar que tal empreitada acabe contaminada pelas atitudes de seus agentes corruptores, por tal razão deve-se observar, mais do que nunca, os princípios que regulam a atuação da Administração, bem como os poderes a ela conferidos.

A presente dissertação, através de pesquisa bibliográfica e exame de casos concretos, bem como pela análise da legislação pátria, tem por objetivo abordar a aplicação da Lei 12.846/2013, sob a ótica da relação intrínseca com Poder Discricionário praticado pela Administração Pública e os efeitos causados por esta associação no contexto político-social do país.

Assim, o trabalho foi dividido em três partes, para apresentar da melhor forma o tema e seus desmembramentos. Inicialmente, analisou-se a atuação discricionária da Administração, passando pela caracterização e observância de seus aspectos gerais. Além disso, serão estudados a aplicação e os limites da discricionariedade, pautando-se no respeito aos critérios de oportunidade e conveniência, de modo a impedir quaisquer abusos e arbitrariedades por parte da autoridade praticante do ato.

Em seguida, examinou-se a Lei 12.846/2013, vulgarmente conhecida como Lei Anticorrupção, a partir da análise da expansão da responsabilização para a prática dos atos lesivos apreciados na legislação, bem como apresentando os novos elementos de auxílio ao embate à corrupção. Outrossim, mister apreciar os objetivos almejados pela referida lei e os impactos práticos causados no quinquênio de vigência da mesma.

Por fim, serão explanados os efeitos da atuação discricionária da Administração nos dispositivos da Lei 12.846/2013, investigando-se, além dos conflitos com demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, as consequências práticas das sanções impostas até a presente data e os demais instrumentos de responsabilização instituídos na legislação em toga, sob o enfoque da esfera da discricionariedade administrativa.

A temática abordada é de extrema relevância, em especial no cenário político-social vivenciado pelo país, tendo sido escolhida no intuito de que, a longo prazo, a seja uma alternativa amplamente discutida, enriquecendo debates e permitindo a reflexão sobre novos métodos de resolução de conflitos.

1. ASPECTOS PRELIMINARES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Apesar de se tratar de um tema amplamente discutido por estudiosos da ciência jurídica, a discricionariedade administrativa ainda não é uma matéria uníssona para o Direito Brasileiro. Um exame que passa desde a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, encabeçada pela teoria alemã de Karl English e Otto Bachof, até as noções tradicionais de atos vinculados e atos discricionários da Administração Pública.

Nesse contexto, é necessário ressaltar que para apreciação da discricionariedade e, particularmente, dos limites de seu emprego, deve-se pormenorizar as peculiaridades do desenvolvimento do Estado de Direito, observando os aspectos da sociedade em que o mesmo se desenvolve.

Ao tratar das políticas públicas, surge um grave problema no que tange o entendimento clássico do poder discricionário, tendo em vista que a simples distinção entre atos vinculados e discricionários atribui uma imagem de liberdade ao administrador que acaba servindo como instrumento contra a cidadania. Por lógica, tais arbitrariedades, ao atenderem os interesses exclusivos de particulares, desprezam as demandas sociais do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, sem o escopo de esgotar o tema, o presente capítulo pretende analisar as características deste instituto, considerando a esfera e amplitude da atuação discricionária do Estado, bem como os limites e formas de controle realizado pelo Poder Judiciário.

1.1. Caracterização do Poder Discricionário

Inicialmente, cumpre destacar a definição de Ato Administrativo¹, para que seja possível uma posterior apreciação de sua vertente discricionária. Para Martins e Willemann², ao considerar seu sentido estrito, o ato administrativo pode ser conceituado como uma manifestação de vontade praticada, unilateralmente, por um agente, na qualidade de sua função de Administração. Tal ato deve estar revestido de seus elementos e atributos, bem como buscar os efeitos jurídicos para o terceiro envolvido, partindo-se de uma órbita administrativa.

A concepção supracitada é tida por parte da doutrina brasileira como um conceito genérico de ato administrativo, uma vez que desmerece as demais qualificações dos atos administrativos, quais sejam: (i) os atos privados praticados pela Administração; (ii) os atos materiais; e (iii) os atos administrativos bilaterais.

Apesar da genericidade, a referida definição de ato administrativo é suficiente para introduzir o exame da discricionariedade e, conseqüentemente, vinculação destes atos. Portanto, sob análise da conceituação anterior, conjuntamente aos conceitos aplicados ao constitucionalismo brasileiro, passa-se a aprofundar o estudo da discricionariedade administrativa.

De acordo com o modelo clássico de distinção entre os “atos vinculados” e os “atos administrativos”, há uma atuação vinculada quando a norma a ser cumprida determina a única conduta possível a ser praticada pelo agente administrador. Em outras palavras, o ato é vinculado quando todos seus elementos de validade estão descritos na norma.

Em contramão, a atuação discricionária é aquela em que o administrador público dispõe de uma margem para apreciação do melhor comportamento a ser tomado, buscando atender ao interesse público, observando os juízos de conveniência e oportunidade. Isto é, prevê-se, através de uma norma, a possibilidade do agente de ponderar determinados elementos do ato no caso

¹ “É toda manifestação unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, H.L. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 1999, p. 132).

² WILLEMANN, Flávio de Araújo e MARTINS, F.B. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 57

concreto, optando entre duas ou mais opções legais para alcançar a excelência na defesa dos interesses da população.

Neste enquadramento, além dos critérios de oportunidade e conveniência apreciados pelo administrador, cumpre destacar a figura do mérito administrativo³, compreendida como o núcleo do ato praticado à luz da discricionariedade. Embora não seja um entendimento unânime, os juristas tradicionais inferem que este aspecto não pode sofrer controle pelos demais Poderes do Estado, ponto que será abordado ainda neste capítulo.

Ao versar sobre o tema da discricionariedade, faz-se necessário registrar a distinção trazida pela doutrina clássica entre discricionariedade simples, discricionariedade técnica e conceito jurídico indeterminado.

A discricionariedade simples é aquela exposta anteriormente, a qual o agente dispõe da liberdade de escolha de uma opção válida e possível para atender ao interesse público, ponderando os critérios de oportunidade e conveniência. No que tange a discricionariedade técnica, compreende-se que, após a ponderação dos critérios supracitados, perdurará apenas uma escolha excelente para o caso concreto. Em outras palavras, seria possível identificar-se qual a técnica mais apropriada a ser aplicada pelo administrador em cada caso, situação comumente configurada na atuação das Agências Reguladoras.

Já o conceito jurídico indeterminado, assim como a discricionariedade simples, viabiliza a margem para o administrador optar entre as situações válidas, respeitando os critérios já expostos anteriormente. A característica que o difere dos demais institutos supracitados é o fato de que tal escolha será feita em uma zona intermediária, igualmente conhecida como zona de penumbra, ou seja, o agente público estará diante de conceitos abertos, inexistindo uma zona de certeza positiva ou negativa.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade – Novas Reflexões Sobre os Limites e Controle da Discricionariedade, Editora Forense, 2ª Edição, p. 32.

Tal instituto, além de possibilitar uma dilatada interpretação da norma, não implica na edição de outro regramento para sua complementação e, por esta razão, é tachado como um instituto de fluidez pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello⁴.

Aduz ainda o ilmo. professor que a interpretação dos referidos conceitos deve ser feita por meio de contextualização, exercendo-a de acordo com a realidade do ordenamento jurídico. Assim sendo, deve-se considerar os aspectos do caso concreto, bem como o encadeamento de normas que o cerca, impedindo uma avaliação isolada de determinada regra jurídica⁵.

Ostentadas as considerações iniciais, conclui-se que a discricionariedade não reflete uma mera liberdade oferecida ao administrador público, mas um poder que, quando exercido dentro da legalidade, mostra-se essencial para se atingir a satisfação do interesse público.

1.2. Esfera de aplicação da discricionariedade

Apesar de estar vinculada à norma legal, a atuação discricionária da Administração Pública percorre um campo amplo e, por tal razão, divide a concepção de autores de Direito Administrativo, em especial no que tange a forma de localizá-la no caso concreto. As principais maneiras de detectar a discricionariedade, segundo os juristas pátrios, é através da análise das leis e dos elementos do ato administrativo.

Consoante a primeira linha de compreensão, faz-se necessário explorar de que modo a norma indica - ou mostra-se omissa - a conduta a ser tomada pela Administração Pública.

Para Mello, a discricionariedade pode advir de três pontos da norma, quais sejam a hipótese, o comando e a finalidade⁶. Acerca da hipótese da norma, a discricionariedade estará configurada ante a ausência de indicação dos pressupostos de fato, bem como quando estes pressupostos estiverem previstos em conceitos imprecisos. Já ao tratar da conduta da norma,

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

⁵ Op. Cit. p. 30.

⁶ Op. Cit. p. 19.

verifica-se a discricionariedade face a margem de possibilidade quanto à prática, momento e, até mesmo, forma de determinado ato. Por fim, localizar-se-á na finalidade da norma a discricionariedade quando o agente público se deparar com conceitos jurídicos indeterminados, instituto anteriormente mencionados.

Cumprе salientar que, apesar de aduzir que o âmbito de aplicação da discricionariedade seria nos fatores supracitados, Mello⁷ aponta que a discricção será expressada no conteúdo do ato praticado.

Outra jurista que compartilha da percepção de que a atuação discricionária depende da forma que a norma é exposta é Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸. Segundo a obra da autora, existe a discricionariedade quando: a lei expressamente prevê a concessão de discricionariedade ao administrador; a lei, por não almejar todas as situações possíveis, mostra-se omissa; e, enfim, a lei designa a competência, mas não estipula qual conduta específica a ser adotada.

Distintamente do exposto, há uma vertente do Direito Administrativo que concebe a atuação discricionária através dos elementos do ato administrativo. Apesar de ampla divergência terminológica acerca dos elementos dos atos e de suas classificações, para o presente trabalho, considerar-se-á a divisão tradicional dos cinco elementos, conforme já disposto neste capítulo.

O primeiro elemento que pode ser abordado para a desempenho da discricção é o objeto do ato, isto porque, tal elemento sustenta o âmago da discricionariedade. O objeto é tido como a mudança que se pretende realizar na ordem jurídica, em outras palavras, o efeito jurídico imediato produzido pelo ato.

Nessa esteira, a medida que inexiste uma obrigação própria de fazer ou não fazer, isto é, uma vinculação de um único objeto possível de alcançar determinado fim, a livre deliberação

⁷ “Por força da imprecisão do pressuposto, por força da liberdade do comando ou por força da imprecisão da finalidade - não importa - a discricção vai se expressar exatamente naquele ato que foi praticado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21)

⁸ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 222.

do objeto representa o núcleo do poder discricionário. Podendo, de tal forma, concluir-se que o objeto é, por excelência, o elemento discricionário do ato administrativo.

Segundo entendimento de um dos notórios doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro, José dos Santos Carvalho Filho⁹, nas hipóteses em que não há a atividade vinculada, o agente, ao buscar delimitar sua atuação, deve avaliar os elementos formados do ato administrativo. De tal forma, Carvalho compreende que é possível verificar a ação discricionária em dois elementos do ato, quais sejam o objeto e o motivo.

Em observação à lição acima, pode-se definir, também, como âmbito de aplicação da discricionariedade, o motivo do ato administrativo. Sinteticamente, o motivo é o pressuposto de fato e de direito que o ato se constitui, restando compreendidas as razões da execução do referido ato. No que tange o pressuposto de direito, compreende-se como a situação descrita na norma, enquanto o pressuposto de fato compõe-se como o agrupamento de condições que levam a Administração Pública a praticar certo ato.

Em harmonia com o ensinamentos da professora Di Pietro, o motivo do ato estará revestido de discricionariedade nas hipóteses em que a norma for omissa quanto ao mesmo, assim como quando houver uma definição legal do motivo por meio de conceitos jurídicos indeterminados¹⁰.

Acerca deste caso, a autora aduz que há uma desarmonia na doutrina brasileira, dividindo-a em duas correntes: aqueles que não acreditam se tratar de discricionariedade, tendo em vista que a Administração só realizaria uma interpretação para auferir uma única opção válida; e

⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.111.

¹⁰ “O motivo será discricionário quando:

1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para o cargo de provimento em comissão (*exoneração ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;

2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos.” (DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 224.)

aqueles que compreendem se tratar de discricionariedade, contato que verse sobre conceitos de valor.

Em sua obra *O controle dos atos administrativos pelo judiciário*, Seabra Fagundes leciona, igualmente, que há atuação discricionária no motivo do ato administrativo¹¹.

Afinal, há outros dois elementos que não geram percepção unânime, no que se refere à aplicação da discricionariedade administrativa, quais sejam a forma e a finalidade. Acerca da forma, é majoritário o entendimento de que, em regra, os atos são vinculados, devido sua expressa previsão legal.

Em contramão à referida erudição, Di Pietro, entende que nas hipóteses em que a lei define antecipadamente mais de uma forma válida para realização de determinado ato, de modo que não há uma imposição legal que vincule a Administração¹².

Nesse sentido também lecionam ALEXANDRINO e PAULO, ao indicarem que cabe ao agente público avaliar a forma mais apropriada de praticar o ato administrativo, nos casos em que a norma jurídica não exige um molde específico para tal¹³.

No que diz respeito à finalidade, assim como no estudo da forma do ato, é preponderante a concepção de que existe uma atuação vinculada da Administração Pública. Corrobora com tal assertiva o administrador Hely Lopes de Meirelles, ao definir que o Direito Positivo, ou seja, o dispositivo legal, não admite o desmembramento entre o ato administrativo e a finalidade pública. Por conseguinte, o autor entende que, por não poder desviar de sua finalidade própria, o ato terá sempre como elemento vinculado, a sua finalidade¹⁴.

¹¹ “a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária”

¹² DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 224.

¹³ ALEXANDRINO, & PAULO. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2017, p. 316.

¹⁴ MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 1999, p. 134.

Apesar de declarar a existência da vinculação, Di Pietro ensina que é possível a aplicação de discricção no que tange à finalidade do ato. Para tal compreensão, a doutrinadora analisa o conceito de finalidade por dois sentidos: amplo e restrito. Desta forma, considerando esta divisão, somente pode ser localizada a atuação discricionária quando o ato está revestido de finalidade no sentido amplo.

Por fim, em análise similar, Mello aduz que há a concessão da margem de liberdade, que configura a discricionariedade, no referido elemento. Para ele é importante salientar a ligação intrínseca entre a finalidade do ato e a ideia de interesse público. Enquanto o fim pelo qual o ato se propõe é sempre vinculado, devendo, em todas as hipóteses, almejar o interesse público, a apreciação e a fixação do que corresponde a este termo, ocasiona um juízo discricionário por parte da Administração Pública¹⁵.

À vista disso, capta-se que há extensa divergência, decorrente de inúmeras concepções, acerca do âmbito de aplicação do poder discricionário exercitado pelo administrador. Não obstante, trata-se apenas de uma análise abstrata da formação do ato administrativo, inexistindo efeitos práticos de grande impacto nos casos concretos.

1.3. Limites dos atos discricionários

Na esteira do conteúdo apresentado, é evidente que a mutabilidade da realidade social e, conseqüentemente, das configurações do interesse público, dificulta que o Poder Legislativo, em sua função típica, preveja todas as situações possíveis, ainda menos qual seria a mais adequada em determinado caso concreto. Por tal razão é concedida à Administração Pública a prerrogativa de, pautando-se nos critérios de oportunidade e conveniência, selecionar a opção ótima que alcance a finalidade legal, caso a norma jurídica não estipule uma solução inequívoca para a situação fática.

Entretanto, apesar da margem de liberdade, a atuação discricionária não está imune à um controle, isto porque a referida liberdade é previamente delimitada pelo legislador, de modo

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.381.

que é deixado intencionalmente um espaço vago para que se alcance o objetivo. Por esse motivo, faz-se necessário o exame dessa atuação, a fim de verificar se o ato administrativo se encontra em conformidade com a lei, além de possíveis arbitrariedades.

O Poder do Estado responsável pela fiscalização dos atos administrativos é o Judiciário, tanto em relação aos atos vinculados, quanto aos atos discricionários, restando evidente que a abordagem de controle é distinta entre os mesmos. Para realizar o controle judicial da atuação discricionária de um administrador público, deve-se respeitar o espaço reservado pela legislação para ocorrência da mesma. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve respeitar a opção legítima alcançada pela Administração, definida por Carvalho como mérito administrativo, atendo-se apenas aos aspectos de legalidade e aos excessos da discricionariedade administrativa.

Embora em alguns momentos apresente-se como uma tarefa árdua, as técnicas para efetivação do controle jurisdicional dos atos supracitados vêm sendo elaboradas, buscando, especialmente, pormenorizar o espaço de liberdade atribuído ao agente administrativo.

Segundo exposição da Di Pietro, as teorias buscando a ampliação da apreciação da discricionariedade pelo Poder Judiciário são: a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Naquele, a Administração Pública utiliza do ato para obter uma finalidade diversa daquela prevista em lei. Nesse caso, deve ser decretada a nulidade do ato, uma vez que o interesse público não foi ascendido. Já a teoria dos motivos determinantes, a autora indica que se baseia na existência e veracidade dos motivos para a prática do ato. De tal forma, será anulado o ato quando o administrador motivos inexistentes ou falsos.

Mello, do mesmo modo, manifesta-se acerca da teoria do desvio de poder, indicando que a mesma pode ocorrer sob duas óticas, quais sejam um desvio completo ou um desvirtuamento específico da finalidade¹⁶. Na primeira hipótese, o desvio ocorre em relação ao conceito genérico de interesse público, assim, o administrador atua de acordo com seus valores de amizade e em proveito próprio. Na segunda hipótese, o desvio cometido pelo administrador

¹⁶ MELLO, C.A.B. de. Discricionariedade - Fundamentos, Natureza e Limites. Revista de Direito Administrativo, vol. 122, 1975, p. 16-17

decorre de um equívoco de entendimento, sem que se configure má-fé. Diante disso, o autor busca salientar que a intenção da teoria do desvio de poder é situar o interesse público como a essência do administrativo.

Outro método importante de supervisão da discricionariedade administrativa é a apreciação dos motivos determinantes. Esta teoria se resume na análise dos pressupostos de fato e nas provas da ocorrência do ato administrativo, ou seja, a constatação se realmente existiram os fatos que ensejaram a execução de determinado ato.

Um dos doutrinadores que corrobora com o entendimento acima é Meirelles, através de sua compreensão de que a atuação da Administração fica vinculada aos motivos expostos¹⁷.

Ao reduzir o campo destinado à discricção, a teoria dos motivos determinantes ratifica a concepção de liberdade legítima conferida ao agente público, difundindo como condição de validade do ato, a existência e veracidade de seus motivos, previamente expostos.

Além das teorias mencionadas, o controle judicial realiza-se através da observância dos princípios basilares da Administração Pública e do ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, é possível aduzir que os princípios, através de sua força normativa, estando em forma explícita ou implícita, atuam como limites ao poder discricionário.

Nesse sentido, parte da doutrina pátria compreende que o exame acerca do respeito aos princípios deve ser anterior às demais análises capazes dos atos administrativos. Segundo a professora Alice Gonzalez Borges, os princípios constitucionais instituem um complexo de preceitos hierarquicamente superior às normas, de modo que regem todo o ordenamento jurídico e, portanto, o Poder Judiciário não pode limitar-se aos aspectos formais do controle.

¹⁷ “A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido” (MEIRELLES, H.L. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2010, p. 157.)

Especialmente no que toca os dispositivos da Constituição da República de 1988, Di Pietro acredita que a aplicação dos princípios no controle jurisdicional é ferramenta essencial para a limitação do espaço discricionário e, concomitantemente, a expansão da ação do Poder Judiciário¹⁸.

Mello compreende que trata-se de uma pertinência lógica entre a situação fática que baseia o ato e a finalidade atribuída a este pelo dispositivo legal. Sob esta ótica, se a situação fática está em consonância com os princípios, tais como o princípio da razoabilidade, a finalidade do ato deve seguir esta observância, sem a qual, restaria eivado de vícios a atuação administrativa¹⁹.

Isto posto, verifica-se que a doutrina é majoritária não apenas na concepção da possibilidade de controle jurisdicional através da observância dos princípios constitucionais, mas, igualmente, da necessidade dessa prática para orientar a atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário. O tema da discricionariedade administrativa, em especial o ponto referente aos seus limites e o controle realizado pelo Judiciário, é de suma importância para análise da Lei 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”. Isto porque a referida legislação propõe uma atuação com ampla margem de discricionariedade, fato este que causa efeitos diretos na execução da norma, conforme será abordado nos próximos tópicos.

¹⁸ DI PIETRO, M.S.Z. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 173.

¹⁹ MELLO, C.A.B. de. Discricionariedade - Fundamentos, Natureza e Limites. Revista de Direito Administrativo, vol. 122, 1975, p. 94.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.846/2013

Conforme exposto na introdução do presente trabalho, a Lei 12.846/2013 faz parte de uma série de medidas estatais que buscam a revitalização da sociedade brasileira, uma vez que esta se encontra corroída pela moléstia da corrupção, originando efeitos devastadores em todos os âmbitos sociais, em especial aos cidadãos que, por ausência de recursos, dependem exclusivamente da prestação dos serviços públicos para sobreviver. Nessa perspectiva, importa expor as noções básicas acerca do instituto que pode ser considerado a essência da referida norma, qual seja a corrupção.

2.1. Criação e contexto histórico

Não é possível definir incisivamente o momento de introdução da corrupção no Brasil, embora muitos pesquisadores indiquem que a mesma sobreveio com a colonização portuguesa. Tal entendimento resulta das características da dominação portuguesa, tendo em vista que esta possuía um cunho patrimonial tradicional, pautada em um alicerce instável, restando uma situação de sujeição às vontades de um soberano, inexistindo qualquer aspecto de racionalidade²⁰. Nessa lógica, a estrutura administrativa, como reflexo da sociedade, é concebida pelos detentores do poder, de modo a ser idealizada uma dominação tracejada por privilégios e favores em busca da manutenção do poder.

O termo corrupção denota a prática de depravação de valores e a desmoralização, conforme define o dicionário Michaelis²¹.

²⁰ NETO, Affonso Ghizzo. Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação, 2008, p. 20. <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/dissertacao_corrupcao_estado_democratico_de_direito_e_educacao.pdf> Acesso em 19/06/2018

²¹ “1 Ato ou resultado de corromper; corrompimento, corruptela.

2 Decomposição de matéria orgânica, geralmente causada por microrganismos; putrefação.

3 Alteração das características de algo; adulteração.

4 Degradação de valores morais ou dos costumes; devassidão, depravação.

5 Ato ou efeito de subornar alguém para vantagens pessoais ou de terceiros.

6 Uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros.” (Dicionário Michaelis)

Na sociedade brasileira, tal vocábulo é facilmente associado ao Estado e seus agentes, através da correspondência com seus atos ilegítimos, em dissonância com os princípios intrínsecos à atividade pública. Entretanto, há que se advertir que as atitudes praticadas pelo poder público é apenas uma das faces - a mais onerosa - da cultura de corrompimento, de modo que os próprios cidadãos comuns, igualmente, burlam as normas buscando garantir satisfação de seu interesse privado.

Em vista disso, por ainda conservar aspectos corruptores enraizados em todas as suas estruturas, o país ocupa uma posição de destaque nos índices de aferição das condutas corruptas, tais como o Índice de Percepção de Corrupção (IPC) de 2016, publicado anualmente pela Transparência Internacional, no qual o Brasil ocupa a septuagésima nona colocação²².

Considerando o histórico de corrupção no Brasil, especialmente em casos ligados ao Estado, verifica-se que as empresas são uns dos personagens principais dessas práticas, causando prejuízo ao erário em proporções catastróficas. Além disso, cumpre pontuar que no ordenamento jurídico brasileiro existia somente a tipificação penal para a corrupção, com fulcro nos artigos 317 e 333 do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que o corruptor era uma pessoa física. Portanto, os frequentes casos ilegais que envolviam sociedades empresária originavam, tão somente, sanções de âmbito administrativo.

Apesar da forte influência da corrupção nas estruturas de poder no Brasil, tal incidência não é exclusividade de nossa sociedade, tratando-se de um fenômeno de cunho internacional. Nessa esteira, verifica-se, desde o final do século XX e primórdios do século XXI, o surgimento de uma onda mundial de combate à corrupção, por meio de leis e medidas editadas com o propósito de evitar a prática das condutas supracitadas, bem como punir os indivíduos e sociedades que utilizam-se desses meios para benefício próprio.

Os mais notórios diplomas legais para combate à corrupção ao redor do mundo, que serviram, inclusive, como inspiração para a edição da Lei 12.846/2013, são: o *Foreign Corrupt Practices Act* e o *UK Bribery Act*. A situação ensejadora da promulgação do FPCA, no ano de

²² <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>> acesso em 21/06/2018.

1977 nos Estados Unidos, foi o escândalo de *Watergate*, o qual cerca de quatrocentas empresas estadunidenses subornavam os agentes públicos²³. Já no caso da *UK Bribery Act*, trata-se uma lei recente, que começou a vigorar no ano de 2011 no Reino Unido, buscando criar um sistema mais rigoroso em relação a responsabilidade das companhias²⁴.

Ademais a essas legislações nacionais indicadas, foram criadas convenções internacionais, de modo a unificar os entendimentos sobre o tema. O Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A participação do Brasil no campo internacional de combate à corrupção não foi suficiente para erradicar, na prática, tais práticas do ordenamento interno. Diante da triste situação de, cada vez mais, drenagem de recursos públicos e, conseqüentemente, obstrução do acesso dos cidadãos ao mínimo existencial, entendeu-se necessário a realização do controle deste instituto social de forma mais rígida e incisiva.

A Controladoria Geral da União propôs o Projeto de Lei nº 6.826/2010 em 18 de fevereiro de 2010, a fim de garantir, principalmente, a integridade e boa imagem do país nos eventos internacionais que seriam realizados em território nacional, tais como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Conforme se verifica na exposição de motivos do PL nº 6.826/2010, o intento da norma é suprir a omissão acerca da responsabilização das pessoas jurídicas pelas práticas de ilícitos, em prejuízo da Administração Pública²⁵.

O referido Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011, entretanto, em decorrência de disputas políticas e iminentes prejuízos à figuras poderosas, o projeto ficou paralisado no trâmite perante o Senado Federal.

²³ <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>> acesso em 21/06/2018.

²⁴ <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>> acesso em 21/06/2018.

²⁵ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A960D383A530729356645A9A86AD66AD.node1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010> acesso em 21/06/2018.

Saturada com os gastos cada vez maiores e condições de vida inversamente proporcionais, a população brasileira foi às ruas em busca de soluções aos problemas do Poder Público, almejando mais integridade e ética na atuação da Administração Pública. Diante da enorme pressão pública com manifestações ao redor do país em 2013, conhecidas como “Jornadas de Junho”, o Senado Federal estabeleceu tramitação de prioridade do Projeto de Lei, que, após aprovação em 05 de julho de 2013, foi transformado na Lei Ordinária nº 12.846 de 02 de agosto de 2013, vulgarmente conhecida como “Lei Anticorrupção”²⁶.

2.2. Análise da Lei 12.846/2013

À face do exposto, a Lei Anticorrupção foi criada com objetivo de estender a responsabilização pelos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública até as pessoas jurídicas envolvidas nos referidos esquemas. Além das penalizações, o diploma normativo busca igualmente a implementação de medidas preventivas nas empresas, com o propósito de estabelecer uma cultura de transparência societária, bem como evitar condutas de caráter corrupto.

Em questões de forma, a lei é constituída por sete capítulos: das disposições gerais; dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira; da responsabilização administrativo; do processo administrativo de responsabilização; do acordo de leniência; da responsabilização judicial; e das disposições finais.

Por conseguinte, ao tratar de uma tema até então não positivado, a Lei 12.846/2013 trouxe ao ordenamento jurídico uma série de inovações, quais sejam a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, sanções mais duras, o acordo de leniência, o *compliance* e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

É notável que a rigidez introduzida pela recente legislação, através da sanções econômicas, por exemplo, pode caracterizar uma imagem da lei mais severa sobre o tema de

²⁶ <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm> acesso em 21/06/2018.

combate à corrupção, mas é necessário uma análise atenta aos efeitos práticos da mesma, uma vez que seus conceitos imprecisos e espaço para atuação discricionária podem fornecer poder a agentes que usem do regramento para esquivar-se de possíveis punições. Tal risco de reversão do objetivo da lei será analisado em outro momento do trabalho.

De todo modo, é inegável a importância da legislação em toga na busca pela reestruturação da sociedade brasileira. Dentre suas inovações, a mais notável é a disposição da responsabilidade objetiva em âmbito civil e administrativo, aspecto nunca imposto às pessoas jurídicas no ordenamento pátrio. A seguir serão apresentadas as principais questões a respeito da responsabilidade da Lei Anticorrupção.

2.2.1. Ampliação da Responsabilidade Civil e Administrativa

É cediço no direito brasileiro que ao tratar de responsabilidade civil, a regra é a aplicação da responsabilidade subjetiva, com fulcro no artigo 927 do *Codex* Civil de 2002, salvo quando uma norma específica determina de forma diversa, como é o caso do Código de Proteção ao Consumidor, que determina a responsabilização objetiva dos fornecedores pelos danos derivados de seus serviços e produtos.

A responsabilidade subjetiva, além dos aspectos do próprio dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta praticada, implica na necessidade de demonstração de culpa ou dolo do agente pelo dano causado, para que haja um dever de indenizar. Por outro lado, a responsabilidade será objetiva quando o surgimento da obrigação de indenizar independe de verificação de culpa pelo dano causado ao terceiro.

A partir do entendimento do instituto supracitado, a Lei 12.846/2013 estampa em seu artigo 1º que será objetiva a responsabilidade de pessoa jurídicas pelos atos ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública, tanto na esfera civil, quanto na administrativa. Cumpre salientar que acerca da atuação dos prepostos, dirigentes ou qualquer indivíduo que participe, de forma direta ou indireta, dos referidos atos, a responsabilidade persiste em sua modalidade subjetiva, de modo que não pode recair sobre pessoas físicas a obrigação decorrente de uma situação em que não atuou mediante dolo ou culpa.

Ao examinar a ampliação da responsabilidade na lei em questão, é necessário atentar-se ao conceito extensivo de pessoa jurídica, indicado ainda no artigo 1º, para, assim, ser possível qualificar adequadamente os destinatários do diploma legal.

Embora ainda não houvesse na legislação pátria uma norma tão específica destinada às pessoas jurídicas, não é completa novidade que tais entidades sejam penalizadas juridicamente por suas atuações contra o interesse público. Conforme se verifica nos autos do REsp 970.393, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em 2007 de que a pessoa jurídica responde com seus recursos pelas ações ímprobas que cometer contra o Poder Público ²⁷.

Retomando o estudo da Lei Anticorrupção, o legislador foi claro ao determinar que a simples caracterização dos elementos objetivos, quais sejam o fato ensejador do dano e o nexo de causalidade, enseja a responsabilidade da empresa e, conseqüentemente, o dever de reabilitação dos efeitos causados. Ainda que tal ato possa ter participação de diversas pessoas naturais que integram a sociedade, a responsabilidade da pessoa jurídica independe desta comprovação. A necessidade de comprovação da atuação culposa ou dolosa dos prepostos mostra-se indispensável somente nas hipóteses de responsabilização destas pessoas físicas, seguindo as disposições do artigo 3º da lei em comento.

A introdução da responsabilidade objetiva é vista por parte dos juristas como um avanço expressivo em respeito ao combate à corrupção, isto porque em inúmeros casos as empresas eram inalcançáveis, de modo que as reparações devidas ao erário não se concretizavam. Em contexto anterior à edição da Lei 12.846/2013, os principais diplomas sobre o tema eram a Lei

²⁷ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, manifestando-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive em relação às quais o recorrente alega contradição e omissão. 2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. 3. Recurso especial não provido.” (STJ - REsp: 970393 CE 2007/0158591-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/06/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012).

8.1666/1993²⁸, acerca das licitações e contratos com a Administração Pública, e a Lei 8.429²⁹, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que praticam enriquecimento ilícito.

Em observância aos efeitos concretos das leis indicadas acima, verifica-se que a enorme dificuldade, beirando a impossibilidade, em condenação penal das empresas ligadas aos escândalos de corrupção, uma vez que, segundo a legislação penal, o ato é atípico ante a inexistência de comprovado dolo, procedimento este embaraçado pelo cunho administrativista dessas normas. O doutrinador Modesto Carvalhosa compreende que tais circunstâncias são decisivas para a seleção do legislador pela responsabilização administrativa-penal das pessoas jurídicas na Lei Anticorrupção³⁰.

Apesar da evidente importância do instituto da responsabilidade na lei em comento, alguns autores compreendem que o mesmo encontra-se em dissonância com o quadro normativo brasileiro e, ainda, poucos destes acreditam na inconstitucionalidade dos dispositivos que regulam este instituto. Segundo BARBALHO E WILLEMAN, a atribuição da responsabilidade objetiva nos casos de ato ilícito em desfavor da Administração Pública vai contra a jurisprudência pátria, que, atualmente, exige a presença do dolo na prática do ato para que seja configurada a improbidade administrativa. Desse modo, seriam concomitantes às sanções pautadas na responsabilidade subjetiva da improbidade e as sanções definidas com base na responsabilidade objetiva da Lei 12.846/2013³¹.

Outro autor que não concorda com o tipo de responsabilidade é Maçal Justen Filho, conforme expõe em sua obra xxx. Para o administrativista, a corrupção é um ato derivado da ação humana e, portanto, só é possível aplicar as sanções da Lei Anticorrupção, se a pessoa física cometer um ato dolosamente.

²⁸ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> acesso em 20/06/2018.

²⁹ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> acesso em 20/06/2018

³⁰ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/13. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 39.

³¹ WILLEMAN, Flávio de Araújo e MARTINS, F.B. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 394.

Conforme anteriormente exposto, o legislador optou por ampliar a responsabilização das pessoas jurídicas, inclusive abarcando o âmbito administrativo-penal. Entretanto, o jurista Fábio Vasques aduz que a correspondência das sanções impostas às pessoas jurídicas na Lei 12.846/2013 e os tipos penais dispostos no Código Penal configura situação inconstitucional³². A compreensão do autor encontra-se respaldada na imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas dos artigos 173, §5º e 225, §3º, ambos da Constituição Federal, na qual estão excluídas as previsões da Lei Anticorrupção.

A modernidade legislativa suscitada pela lei em toga é tema objeto de grandes discussões, em especial pelo curto período de vigência da mesma, de sorte que ainda há de se verificar as consequências da inovação na prática política-social brasileira. Nada obstante, sob a ótica da maioria dos juristas brasileiros, a responsabilidade objetiva aplicada às pessoas jurídicas é legítima e caracteriza uma ampliação engajamento para a combate à cultura de corrupção. Tal aplicação objetiva, ainda que não alcança diretamente todas as empresas, incentiva as práticas corporativas de transparência, reforçando, assim, a ideia principal da legislação de reestruturação da sociedade integralmente deturpada.

2.2.2. Elementos inovadores da Lei Anticorrupção

Além da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, mais notória das novidades legislativas, a Lei 12.846/2013 ostentou outras inovações em busca de uma relação mais íntegra entre as sociedades empresárias e o Poder Público e de resultados mais eficazes na compensação pelos danos causados à sociedade. Dentre as inovações o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP e a redução de sanções através da comprovação do programa de *compliance*.

O termo *compliance* advém da língua inglesa e significa submeter-se ou adequar-se a determinadas regras³³. No que tange seu entendimento no espaço corporativo, entende-se como

³² VASQUES, Fábio. Direito administrativo sancionador e constitucionalidade da responsabilização objetiva da lei anticorrupção. Jus.com.br, Rio de Janeiro, Jan. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/55359/direito-administrativo-sancionador-e-constitucionalidade-da-responsabilizacao-objetiva-na-lei-anticorruptao>> acesso em 20/06/2018.

³³ <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/compliance/>> acesso em 22/06/2018.

um programa de medidas para cumprimento rigoroso de regimentos internos e externos, com propósito de mitigar os problemas de reputação da pessoa jurídica e, conseqüentemente, implementar uma política empresarial pautada na ética e na boa administração.

Em seu estudo sobre o recente tema, os doutrinadores Ana Paula P. Candeloro, Maria Balbina Martins De Rizzo e Vinícius Pinho corroboram de tal conceituação, aduzindo se tratar de uma linha mestre para orientação de dirigentes e funcionários de determinada pessoa jurídica, adequando a mesma para o mercado em que atua³⁴.

Apesar de estar intrinsecamente ligado à questão de corrupção em território nacional, os modelos similares ao *compliance* tiveram surgimento na década de 1940 nos Estados Unidos. Após a grave crise que se iniciou em 1929, foi criado um sistema de regras e procedimentos impostos às instituições financeiras, induzindo a uma regulamentação da política financeira internacional, a qual, posteriormente, deu origem ao Fundo Monetário Internacional - FMI.

Insta indicar que, hodiernamente, a criação de programas de *compliance* não fica restrito aos bancos e demais organizações financeiras, aplicando-se em todos campos societários ao redor do mundo, concretizando cada vez a ideia de uma atuação de todos os segmentos de forma moral e transparente.

A incidência dessa espécie de sistema no Brasil teve início na década de 1990, em um momento pós-ditadura militar de abertura do mercado interno à empresas estrangeiras, ao ponto que as instituições nacionais se viam pressionadas a proceder uma adequação aos padrões internacionais, para que fosse possível manter um nível de competitividade com as pessoas jurídicas de outras nações. Mesmo com esta pressão de competitividade e transparência, o movimento de implantação de *compliance* no território nacional foi lento, bem como inferior

³⁴ “Um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados ‘riscos de compliance’, a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades” (CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012. p.30.)

aos verificados nos demais países, muito em razão das dimensões que a corrupção tomava no Brasil.

Ao tratar da função do *compliance* mister salientar a questão da independência, em suma, os procedimentos inerentes a estes programas devem ser feitos sem influências pessoais de qualquer indivíduo. Somente desse modo, será possível impor padrões de conduta, políticas e regimentos internos isentos de interesses corrompidos.

A matéria começou a ganhar popularidade entre as pessoas jurídicas no território brasileiro com a edição da Lei 12.846/2013, isto porque, a lei prevê que as empresas que cometem atos ilícitos contra a Administração Pública, podem ter suas sanções reduzidas se possuírem, comprovadamente, programas de *compliance* efetivos. Nesse sentido, tal determinação está prevista nos artigos 18 da Lei Anticorrupção e artigo 37, IV do Decreto 8.420/2015, também conhecido como decreto regulamentador da Lei 12.846/2013.

Nessa esteira, conforme exposto nos tópicos anteriores, o objetivo da legislação em comento, não é apenas penalizar as pessoas jurídicas que exercem determinada conduta, mas formar uma rede de costumes para auxiliar na erradicação da corrupção das raízes sociais, através de medidas preventivas, ao exemplo dos programas de *compliance*. Entretanto, mesmo após a criação da Lei Anticorrupção não havia uma diretriz comum para corresponder às exigências do artigo 18 da referida lei, foi nesse sentido que a Controladoria Geral da União editou a Portaria nº 909/2015.

O objetivo da supracitada portaria era justamente estabelecer condições objetivas para apreciação dos programas de *compliance* das pessoas jurídicas, em complemento à Lei 12.846/2013. Um dos pontos mais importantes da Portaria nº 909/2015 é a previsão de seu artigo 5º, § 4º, o qual indica que se o programa de integridade for criado em momento posterior a prática de algum ato ilícito abarcado pela legislação de combate à corrupção, tal programa não será considerado para fins de dedução das sanções³⁵. Assim, em síntese, para que o *compliance* de determinada pessoa jurídica seja beneficiado pela redução de penalidades, a

³⁵ <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf> acesso em 22/06/2018.

empresa deve apresentar um relatório de aspectos organizacional, informando número de funcionários, as permissões e licenças governamentais, além de detalhar a relação com a Administração Pública.

Destarte, resta evidente que, apesar de não configurar, por si só, uma inovação legislativa da Lei 12.846/2013, o programa de compliance representa grande avanço para propagação de um sistema preventivo de administração e, decorrentemente, uma forma de enfrentamento da cultura de gestão corrompida que percebe-se tanto no gerenciamento privado, quanto na Administração Pública.

Ademais, outra novidade introduzida pela Lei Anticorrupção é a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CNEIS. Segundo o artigo 22 do referido diploma legal, o CNEP foi criado para tornar pública a relação de dados das sanções aplicadas em razão desta legislação. As inscrições devem conter a razão social da pessoa jurídica condenada, o CNPJ, a sanção imposta e o tempo de duração da mesma, restando sob a responsabilidade dos órgãos responsáveis pela aplicação da sanção, a atualização das informações neste banco de dados .

A sistemática é semelhante no que tange o CEIS, consoante inteligência do artigo 23 da Lei 12.846/2013, o qual determina a reunião de dados referentes às sanções sofridas pelas pessoas jurídicas que culminem em restrições a participação em licitações ou nas celebrações de contrato com a Administração Pública.

Ainda que os respectivos órgãos devam manter atualizados tais cadastros, ambos tem manutenção atribuída a competência da Controladoria-Geral da União. Desde o início da vigência da norma até a presente data, os índices dos cadastros mostram resultados positivos acerca do objetivo buscado, de modo que o CNEP³⁶ apresenta 39 registros, nas quais as empresas tiveram condenações mais severas, enquanto o CEIS expõe 12.301 registros de empresas impedidas de manter relações contratuais com o Poder Público³⁷.

³⁶ <<http://www.transparencia.gov.br/cnep/?pagina=3>> acesso em 22/06/2018.

³⁷ <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/>> acesso em 22/06/2018.

Portanto, estas medidas inseridas pela Lei Anticorrupção no ordenamento jurídico refletem sanções de cunho moral, uma vez que influenciam na imagem da pessoa jurídica diante do mercado e da sociedade. Logo, o risco de ter sua reputação enfraquecida provoca um efeito positivo de redução das práticas ilícitas. Resta sobejamente demonstrado que o diploma normativo em toga se preocupa, não apenas em definir os critérios de punição de empresas corruptoras, mas em instalar no âmbito corporativo um padrão de comportamento pautado na ética profissional e probidade de sua administração, através, principalmente, das inovações apresentadas acima.

2.2.3. Sanções Punitivas

Inicialmente, antes de inaugurar o exame das sanções previstas pela Lei Anticorrupção, faz-se necessária uma breve abordagem dos atos lesivos ensejadores de tais penalidades. Os atos lesivos encontram-se tipificados no artigo 5º da Lei 12.846/2013, bem como divididos em cinco conjuntos de identificação, quais sejam os atos de corrupção ativa, o custeio de práticas ilícitas, o ocultamento ilícito, a lesão a licitações e contratos administrativos e, por fim, a obstrução de procedimentos apuratórios³⁸.

O primeiro dos grupos está previsto no inciso I, de modo que por atos de corrupção ativa são compreendidos as condutas que traduzem a essência na linguagem popular, isto é, as condutas relacionadas com a oferta de vantagens indevidas aos agentes públicos. O alvo do legislador aqui é represar as referidas práticas, inclusive nas hipóteses em que o corruptor tenta desassociar-se do trâmite ilegal, de modo que a tipificação se entende a terceiros relacionados com o agente que de algum modo participam da conduta.

Já o inciso II dispõe acerca do custeio de práticas ilícitas, isto é o ato ímprobo é cometido indiretamente, tendo em vista que o beneficiário do ato financia determinada entidade para, através da mesma, executar o ato de corrupção. Este fato é frequente nas empresas conhecidas como “empresas de fachada”, tratando-se de um artifício utilizado por esses agentes para

³⁸ WILLEMANN, Flávio de Araújo e MARTINS, F.B. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 395.

esquivar-se das condenações. Porém, a lei foi categórica ao definir a responsabilização de todos os envolvidos na linha de comunicação para consumação do ato.

O terceiro grupo de atos lesivos é de suma importância, em razão de ser um dos métodos mais costumeiros utilizados para repelir a responsabilização em atos atentatórios à Administração Pública. A lei veda em seu artigo 5º, inciso III, a atuação de pessoas físicas ou jurídicas que, aparentemente, seria pautada na legalidade mas oculta a participação de agentes impossibilitados da mesma.

O inciso subsequente ao exposto acima, versa sobre as condutas de, de alguma forma, podem comprometer a integridade de licitações e contratos públicos. Nesse sentido, a norma arranja um rol de condutas regularmente praticadas nas relações contratuais e administrativas entre as entidades privadas e públicas.

Afinal, o grupo abordado pelo inciso V é o das obstruções de procedimentos obrigatórios, de outra maneira, os atos praticados com escopo de prejudicar as atividades fiscalizatórias ou investigatórias dos atos lesivos tipificados na presente legislação. Portanto, qualquer atividade de influenciar negativamente a atuação dos respectivos órgãos Públicos nas medidas inerentes a este diploma legal.

Observada a tipificação dos atos lesivos, passa-se a analisar as sanções previstas pela Lei 12.846/2013. Em conformidade com os pontos já expostos, a responsabilização das pessoas jurídicas pode ocorrer no âmbito administrativo, positivada entre os artigos 6º ao 15, e na esfera civil, constante nos artigos 18 a 21. Enquanto na responsabilização administrativa a conduta lesiva é apurada através de um Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, podendo culminar em multas e publicação da condenação de forma extraordinária, a responsabilidade civil é objeto de um processo judicial, podendo culminar no ressarcimento dos danos causados pela pessoa jurídica e, até mesmo, nas questões constitucionais da sociedade, tais como a suspensão de suas atividades e dissolução compulsória da sociedade, conforme será apresentado a seguir.

Cumpra salientar, de logo, que a imposição das sanções administrativas não inviabiliza a aplicação de punições de cunha civil. Nessa esteira, é ofertada às Advocacias Públicas da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Ministério Público a faculdade ajuizar ações que versem acerca da apuração da prática dos atos lesivos ao Poder Público, de modo que seja possível a aplicação das sanções previstas no artigo 19º da Lei Anticorrupção. O referido dispositivo estabelece a aplicação das sanções de: I - perda de bens ou valores correspondentes à vantagem auferida; II - suspensão ou interdição das atividades; III - dissolução compulsória; e IV - proibição de receber recursos do Poder Público dentro de um a cinco anos.

Dentre as punições previstas, duas merecem certo destaque, quais sejam a imputação do dever de reparação pelo dano causado ao erário, através da perda de valores, bem como a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Aquela expressa grande importância, em razão de expressar uma das práticas mais frequentes entre os atos de corrupção e, conseqüentemente, provoca graves obstruções ao desenvolvimento do país. Ainda acerca dessa sanção, verifica-se que, seguindo a previsão do artigo 24 da lei em comento, os valores restituídos serão repassados, preferencialmente, aos entes públicos lesados, da mesma sorte da multa determinada no artigo 6º, I³⁹. A opção do legislador pelo uso deste termo abre uma margem de discricionariedade que será objeto do estudo em ponto adiante.

A respeito da sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica, sua relevância decorre do fato de ser a penalidade mais grave aplicável à entidade privada, sendo, inclusive, conhecida vulgarmente como “pena de morte” da pessoa jurídica. Em razão de suas conseqüências gravíssimas, a fixação desta sanção depende da comprovação da habitualidade da prática - direta ou indireta - do atos ilícitos de corrupção. Além dessa hipótese, verifica-se ainda a dissolução compulsória das empresas constituídas apenas para ocultar ou disfarçar a atuação de agentes corruptores, as chamadas “empresas de fachada”.

Assim, respeitando a competência dos entes federativos supracitados e do Ministério Público, a ação judicial proposta em razão dos termos previstos na Lei Anticorrupção seguirá o rito especial de uma Ação Civil Pública, respeitando os moldes dispostos na Lei nº

³⁹ DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 938.

7.347/1985. No que tange a condenação nos respectivos processos judiciais, ainda que a sentença do Juízo não especifique o valor a ser ressarcido pelo dano causado, a mera aplicação das sanções financeiras já implica na obrigação da reparação, sendo possível a apuração dos valores devidos em fase posterior de liquidação. Em termos de efeitos práticos, verifica-se a recente aplicação desta legislação nos Tribunais pátrios, a exemplo do ementa de Acórdão do Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública de nº 0620013-07.2015.8.06.0000, julgado pela Egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará⁴⁰.

⁴⁰ “EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES NO MUNICÍPIO DE MADALENA/CE. DECRETADA A INDISPONIBILIDADE DE BENS E ATIVOS FINANCEIROS DA AGRAVANTE EM VALOR EQUIVALENTE AO MONTANTE GLOBAL DAS LICITAÇÕES, BEM COMO, A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DO BLOQUEIO PARA VALOR RAZOÁVEL EQUIVALENTE AO TOTAL DOS PRODUTOS ENTREGUES AO MUNICÍPIO. COMPATIBILIDADE AO SUPOSTO DANO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. 1. Em princípio, deixarei de me aprofundar na discussão que envolve as irregularidades que teriam resultado nas fraudes dos processos licitatórios, e, que culminaram no ajuizamento da ação civil pública originária, vez que referida matéria está voltada ao próprio mérito daquela ação, pendente ainda de apreciação pelo juízo de primeira instância, sob pena de, em sentido contrário, ocorrer verdadeira supressão de instância. 2. Pois bem, o art. 19, da Lei nº. 12.846/2013 estabelece as sanções judiciais que serão aplicadas às pessoas jurídicas infratoras, dentre as quais o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração. Como meio de assegurar o ressarcimento do dano causado ao erário, é plenamente cabível a determinação, como fez o juízo a quo, da indisponibilidade dos bens, direitos ou valores da pessoa jurídica acionada, sendo esta medida disciplinada no parágrafo §4º, do art. 19, da citada lei. Registre-se que a medida cautelar de indisponibilidade de bens pode ser decretada independentemente da comprovação de que o réu esteja delapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora, nesta hipótese é presumido, prevalecendo, portanto, a garantia de ressarcimento do dano. 3. A questão então é saber qual o parâmetro razoável para fixar o limite da indisponibilidade de bens e valores da empresa recorrente. Se o magistrado entendeu que não seria prudente fixar o limite da constrição no montante total do dano causado ao erário, com base no mesmo raciocínio, não seria prudente limitá-la ao valor global das licitações, pois na medida em que foi possível a individualização da participação de cada réu, também poderia ser estabelecido um denominador mais próximo do prejuízo concreto que cada uma das pessoas jurídicas promovidas produziu em tese. 4. Como demonstração deste raciocínio, no caso em espécie, o valor global do Pregão nº. 2014.05.02.001, foi de R\$ 1.144.942,10 (um milhão, cento e quarenta e quatro mil, novecentos e quarenta e dois reais e dez centavos), contudo o valor referente aos lotes arrematados pela agravante se resume a R\$ 518.233,61 (quinhentos e dezoito mil, duzentos e trinta e três reais e sessenta e um centavos). Por sua vez, a ação ministerial se deu no decorrer da execução do respectivo contrato administrativo, o qual apesar de gerar obrigações recíprocas entre as partes, também não pode ser apontado como parâmetro para fixar o valor da indisponibilidade dos bens da agravante, diante da permissão da administração pública rescindi-lo unilateralmente, por motivo de interesse público, a qualquer tempo, ou seja, antes do seu cumprimento integral. 5. Portanto, para satisfazer o interesse coletivo sem sacrificar a própria continuidade das atividades da recorrente, principalmente num momento em que a discussão se encontra em fase preliminar, sem que a sua responsabilidade tenha sido definitivamente estabelecida, o razoável é fixar o teto da indisponibilidade de seus bens e ativos financeiros no valor das mercadorias efetivamente entregues ao Município de Madalena, que no caso corresponde a R\$ 132.946,26 (cento e trinta e dois mil, novecentos e quarenta e seis reais e vinte e seis centavos), pois este ato (entrega de produtos) consolida um direito/obrigação de contraprestação pecuniária e, conseqüentemente, resulta em inevitável prejuízo ao erário. 6. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO REFORMADA. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda, a TURMA JULGADORA DA SEXTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por UNANIMIDADE de votos,

Examinada a responsabilização civil da Lei Anticorrupção, passa-se a analisar a questão da responsabilidade de cunho administrativo prevista na norma indicada. O ilícito administrativo reflete em sua essência a atribuição de uma sanção administrativa, isto é, uma punição constrangedora imposta pela Administração Pública. Embora outros diplomas do ordenamento jurídico brasileiro já apresentassem previsões de sanções administrativas, a Lei 12.846/2013 institui incisivamente os atos que ferem ao erário e vão contra os princípios da Administração Pública. Assim, em resposta a prática dos ilícitos dispostos no artigo 5º desta norma, foram estipuladas duas sanções administrativas impostas às pessoas jurídicas infratoras: o pagamento de multa, em valor igual ao superior à vantagem auferida, e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Ao tratar da multa administrativa, o legislador determinou que a mesma deve ser calculada com base no faturamento bruto do exercício do ano anterior em relação à instauração do Processo Administrativo de Responsabilização. Neste sentido, a manifestada multa deve ser definida entre os percentuais mínimo de 0,1% e máximo de 20% do faturamento bruto anual. Em virtude do vasto leque de circunstâncias que influenciam o caso concreto, em algumas hipóteses, é impossível empregar o valor do faturamento bruto da empresa como base de apuração da multa, diante disso, a lei dispõe sobre a oportunidade de mensuração da multa entre os valores de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Outro dispositivo marcante da Lei 12.846/2013 é seu artigo 7º, este aborda os parâmetros que devem ser levados em consideração pelo administrador ao aplicar as sanções administrativas, tais como a gravidade da infração praticada e a cooperação da pessoa jurídica na apuração das mesmas. Acerca da atuação da Administração Pública na quantificação da multa administrativa, há divergência da doutrina acerca da existência de atuação discricionária, conforme será apreciado no próximo capítulo.

em CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento, tudo nos termos do voto da Relatora, que faz parte desta decisão. PRESIDENTE RELATORA PROCURADOR(a) DE JUSTIÇA. ”.

No tocante à sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, esta será realizada através de do extrato da sentença em meios de comunicação com vasta circulação no ambiente referente à prática da infração, com preparo sob responsabilidade da pessoa jurídica infratora. Outrossim, será fixado edital contendo tais informações, no próprio estabelecimento ou sede de atividade da infratora, bem como no sítio eletrônico da mesma, todos pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Conclui-se, portanto, que a Lei 12.846/2013 prevê sanções administrativas cabíveis à punição das pessoas jurídicas que executam condutas tipificadas como lesivas nesta lei, através da utilização de critérios elencados para instituição das sanções, delimitando, inclusive, a discricção administrativa verificada nesta atuação. Além da apreciação dos parâmetros legais previstos, a Administração Pública está vinculada aos princípios constitucionais, em especial, o princípio da razoabilidade, de modo que seja viável a aplicação de uma sanção adequada e proporcional.

Já apresentada o aspecto formal de responsabilização civil, qual seja o ajuizamento de demanda judicial, sob o rito da Ação Civil Pública, faz-se necessário abordar particularmente a modalidade de medida a ser tomada para responsabilização da pessoa jurídica infratora sob a ótica do direito administrativo: o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

2.2.4. Processo Administrativo de Responsabilização

Ao ponto que restar configurada a prática de um dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, caberá a instauração de um processo administrativo para investigação das eventuais responsabilidades e, consequente, imputação das sanções administrativas já apresentadas. O instrumento processual está definido no capítulo IV da regra citada, o qual estampa todos os termos de competência e tramitação a serem seguidos pelo Poder Público.

O artigo 8º da lei, de início de suas disposições, versa acerca da competência para abertura e julgamento do processo administrativo, determinando que tais atividades cabem à autoridade máxima de cada órgão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressaltando que deve ser respeitado o contraditório e a ampla defesa, princípios processuais basilares do

ordenamento jurídico no Brasil. O dispositivo é claro em admitir que a competência mencionada pode ser delegada, entretanto veda a subdelegação. Ainda sobre a competência, a Controladoria-Geral da União, órgão essencial no combate à corrupção nacional, possui competência concorrente, sob a esfera do Poder Executivo Federal, podendo instaurar, avocar e proceder possíveis correções dos procedimentos de apuração de responsabilidade, tanto em âmbito nacional, quanto acerca da Administração Pública estrangeira.

Segundo Martins e Willeman, o amplo leque de autoridades competentes, em conjunto com a imprecisão legislativa no termo “autoridade máxima”, gera dúvidas sobre o legitimado nos órgãos da Administração Direta. Enquanto na Administração Indireta, o indivíduo investido da referida atribuição será o respectivo presidente ou diretor superior, na Administração Direta, não se sabe ao certo se a competência irá recair sobre o chefe de cada Poder Constituído, Órgãos Colegiados ou até mesmo órgãos investidos de autonomia legal e constitucional, como os Tribunais de Contas. No entendimento dos autores, a ausência de uma regulamentação complementar que indique a competência adequada, os processos administrativos estão sob risco de nulidade, esvaziando o objetivo de responsabilização, instituído pela Lei 12.846/2013⁴¹.

Insta salientar, ainda no que toca à competência, a questão gera mais controvérsia quando se analisa o poder-dever inerente à Administração Pública. Considerando que tal aspecto é próprio e irrenunciável de todo agente público, a ausência de instauração do processo administrativo de responsabilização, ante a imprecisão da norma, caracteriza omissão por parte da autoridade, cabendo a aplicação das sanções previstas no artigo 27 da Lei Anticorrupção.

Na análise do momento posterior à instauração, verifica-se a disposição da legislação acerca da necessidade de constituição de uma comissão, cujo objetivo é conduzir o procedimento e garantir que haja um julgamento legítimo de apuração da responsabilidade da pessoa jurídica infratora. A referida comissão deve ser formada por, pelo menos, dois servidores estáveis, a serem indicados pela própria autoridade competente. Devido à importância do tema,

⁴¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo e MARTINS, F.B. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 398.

diretamente ligado ao desenvolvimento estrutural do país, o prazo de resolução do processo administrativo é de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis mediante fundamentação.

No sentido do exposto, outro prazo relevante no processo administrativo de responsabilização é o estipulado pelo artigo 11 da Lei 12.846/2013. Segundo o dispositivo, o prazo que a pessoa jurídica detém para apresentação de defesa ante a instauração de um PAR é de 30 (trinta) dias, contados a partir de sua intimação. No mais, não há outra peculiaridade marcante acerca do procedimento objeto deste estudo, uma vez que a lei é omissa quanto aos demais atos presentes no processo, sendo indispensável, portanto, a aplicação subsidiária das normas que regulam os processos disciplinares dos servidores públicos, bem como das legislações de processos administrativos dos respectivos entes federativos.

Por fim, independente de da instauração de um procedimento específico para a reparação dos danos causados, assim que findo o julgamento do processo administrativo de responsabilização, as sanções administrativas podem ser aplicadas de imediato⁴².

Isto posto, verifica-se que, assim como no caso da responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa também apresenta um meio específico de apuração, cobijando a possibilidade de imputação de medidas de caráter negativo às pessoas jurídicas que violar um dever jurídico determinado pela Administração Pública, através da prática de um ato ilícito administrativo previstos na Lei Anticorrupção.

2.2.5. Prescrição

Considerado com um dos institutos de maior relevância do Direito Civil, a prescrição implica na extinção da pretensão que um indivíduo detém para reparação de direito violado, decorrente do decurso de determinado prazo. A referida pretensão está positivada nos termos do artigo 189 do Código Civil/2002, o qual determina que o momento de seu nascimento será concomitante a violação do direito. Para o civilista Caio Mário, a prescrição se configura como

⁴² DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 935.

o modo pelo qual se extingue um direito, pela inércia, indicando não se tratar apenas da extinção da ação.

Seguindo o sentido de inércia do titular do do direito em um lapso temporal, o legislador estabeleceu que a pretensão punitiva das pessoas jurídicas por atos lesivos cometidos contra a Administração Pública prescreve no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data de ciência da infração ou, ao tratar de infração permanente ou continuada, segundo dispõe o artigo 25 da Lei 12.846/2013.

Sob a presente análise, surge uma controvérsia quanto ao prazo prescricional a ser utilizado nos casos de atos atentatórios ao erário. Como se sabe, o erário representa o tesouro nacional, isto é, o Patrimônio Público, que se tornou alvo de constantes escândalos de corrupção no país. Dada a importância da proteção ao erário, este se transformou em um dos objetivos da legislação motor do presente estudo, de modo que, em seu artigo 5º, dispõe tratar-se de ato lesivo aquele que atentar contra o Patrimônio Público nacional ou estrangeiro.

Desse modo, ao compreender que a prescrição punitiva da Lei Anticorrupção corresponde ao lapso temporal de 5 (cinco) anos, o legislador vai de encontro ao artigo 37 da Constituição da República, tendo em vista que a mesma define ser imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário⁴³.

Por conseguinte, resta evidente a configuração da controvérsia no que tange a prescritibilidade das ações de reparação ao Patrimônio Público e, consequentemente, a inconstitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.846/2013. Diante dessa divergência de entendimentos, verifica-se que a doutrina majoritária corrobora da apreensão exposta pelo Supremo Tribunal Federal, através de seus recentes julgados, qual seja a interpretação de que é imprescritível a ação que visa o ressarcimento dos danos causados ao erário. Apesar de tal compreensão, a regra da Lei Anticorrupção não é automaticamente considerada inconstitucional, devendo aguardar uma decisão judicial competente que a configure nesse sentido, gerando, assim, o risco de aplicação do prazo prescricional no caso concreto.

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Revista brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 19, jan./mar. 2014.

Desta maneira, prepondera o prazo prescricional estipulado na legislação infra-constitucional, exceto ao versar de ação que busque a reparação do dano ao erário, ainda que a imprescritibilidade seja uma exceção regra geral do ordenamento jurídico.

2.3. Retrospectiva dos impactos causados em cinco anos de vigor da lei

Antes de adentrar ao estudo da matéria cerne deste trabalho, os efeitos da discricionariedade na Lei 12.846/2013, é de suma relevância examinar os impactos - positivos e negativos - causados pela norma nos casos concretos e na conjuntura político-social vivenciada pelo país.

Sancionada em agosto de 2013, a legislação em comento entrou em vigor no início do ano subsequente, mas certamente já provocou, desde sua edição, a adoção de medidas preventivas por parte das empresas, tais como o, já abordado, programa de *compliance*. Desde a sua edição, passaram-se 5(cinco) anos, de modo que foi devidamente regulamentada em âmbito federal em 18 de março de 2015, através do Decreto Federal nº 8.420. Inicialmente, é possível verificar a aceitação fortemente positiva pela população ao redor do país, que presenciou suas reivindicações serem atendidas pelo Poder Público, servindo, inclusive de estímulo para criação de regramentos similares nos Estados.

Nessa esteira, 14 (quatorze) Estados da federação incorporaram a Lei Anticorrupção em seu ordenamento jurídico, quais sejam Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins, através, respectivamente, do Decreto nº 52.555/2017, Decreto nº 37.296/2016, Decreto nº 3.956-B, Lei nº 18.672/2014, Decreto nº 31.251/2015, Decreto nº 522/2016, Decreto nº 14.890/2017, Decreto nº 46.782/2015, Lei nº 16.309/2018, Decreto nº 10.217/14, Decreto nº 25.177/2015, Decreto nº 1.106/2017, Decreto nº 60.106/2014 e Decreto nº 4.954/2013⁴⁴.

⁴⁴ <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI273127,51045-Apos+quase+5+anos+metade+dos+Estados+regulamentou+lei+anticorruptcao>> acesso em 22/06/2018.

Consoante exposição antecessora, uma das medidas introduzidas pela Lei Anticorrupção foi a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, no qual as empresas condenadas por atos atentatórios à Administração Pública ficam incluídas, para fins de dar publicidade às suas condutas. O CNEP produziu impactos em um curto espaço de tempo, de modo que o banco de dados já guarda 39 (trinta e nove) registros, referentes à 28 (vinte e oito) pessoas jurídicas cadastradas. Um ponto interessante a ser visto é o fato de que, além das empresas, duas pessoas físicas foram cadastradas ao CNEP, demonstrando a efetividade, até mesmo, da responsabilização subjetiva dos agentes infratores, conforme preceitua o artigo 3º, § 2º da Lei 12.846/2013.

Em um cenário de impunidade ante os atos de corrupção, a legislação brasileira favorecia as empresas, em virtude de imputar a responsabilização por estes atos tão somente aos indivíduos corruptos, enquanto ignorava a participação fundamental das pessoas jurídicas. A edição da legislação em toga foi essencial para robustecer a consciência popular, quase automática, de que qualquer figura que apresenta ligação com performance ilícita, deve ser repudiada, em especial quando o corruptor é uma empresa.

Segundo grande parte dos juristas brasileiros, o principal objetivo traçado pela Lei 12.846/2013 foi alcançado, qual seja a disseminação de uma cultura anticorrupção, através de um padrão de relacionamento entre as entidades privadas e o Poder Público, pautado na ética e na transparência. Esta constatação se traduz em números, além daqueles já expostos. Conforme informações constantes no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União, até 22 de janeiro de 2018, foram identificados 183 (cento e oitenta e três) processos administrativos de responsabilização (PARs). Outro resultado quantificado foi a aplicação, pelo Governo Federal, de 30 (trinta) penalidades administrativas, dentre estas 7 (sete) publicações extraordinárias de sentenças condenatórias e 23 (vinte e três) multas sobre o faturamento bruto anual das empresas, totalizando o ressarcimento aos cofres públicos no montante de R\$ 12.010.130,21 (doze milhões, dez mil, cento e trinta reais e vinte e um centavos)⁴⁵.

45

<<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/01/governo-federal-pune-30-empresas-por-fraude-propina-e-financiamento-ilicito>> acesso em 22/06/2018.

Apesar de resultados comprovando a efetividade e os impactos positivos da norma, há também impasses que prejudicam o cumprimento adequado da legislação. Um dos principais impactos negativos presenciados nos casos concretos da aplicação da lei é o descompasso entre as autoridades competentes para fiscalização dos atos lesivos e julgamento dos processos administrativos. Desde 2014, restou clara a incessante batalha travada entre os principais órgãos responsáveis pelo combate à corrupção, a ausência de interação entre o Ministério Público, a Controladoria-Geral, a Advocacia da União e o Tribunal de Contas da União gera forte insegurança jurídica. A expressão mais clara dessa insegurança é o fato de que, somente no presente ano, os órgãos supracitados conseguiram atuar de forma harmônica e celebrar um acordo de leniência coordenado.

Deste modo, constata-se que, mesmo com os diversos impactos produtivos ao Brasil, diversas circunstâncias, tais como a margem discricionária de alguns dispositivos, ainda impossibilita a maior efetividade da legislação, de sorte que algumas reformas reformas serão essenciais para continuidade na perpetuação das práticas anticorrupção.

3. EFEITOS DA DISCRICIONARIEDADE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Em conformidade com o estudo efetuado no primeiro capítulo, a discricionariedade administrativa reflete um dos principais institutos analisado pelos doutrinadores, resultando em divergências tanto quanto seu âmbito de aplicação, quanto em relação aos seus limites. Rememorando, resumidamente, ao versar sobre mérito administrativo, a discricionariedade consiste atuação do agente público diante da margem de liberdade facultada pelo legislador, pautando-se nos critérios de oportunidade e conveniência, para a escolha da opção mais adequada à satisfação da finalidade legal do ato administrativo.

Sabe-se também, com fulcro no segundo capítulo, que a Lei 12.846/2013 é um dos instrumentos legislativos de combate à mazela que corrói a sociedade em todas as suas esferas, a corrupção. De tal forma, o referido diploma normativo introduziu ao ordenamento pátrio a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, em cunho administrativo e civil, cuja apuração é realizada por inovações como o processo administrativo de responsabilização. Além disso, a norma apresenta outras medidas de destaque em relação às sanções aplicadas aos praticantes de atos lesivos à Administração Pública, quais sejam as possibilidades de redução da penalidade com a comprovação de um programa efetivo de *compliance*, a criação do Cadastro Nacional das Empresas Punidas - CNEP, bem como a faculdade de firmar um Acordo de Leniência, método que será aprofundado ainda neste estudo.

Nessa esteira, observando o referido diploma legal e o instituto supracitado, verifica-se que há ligação entre eles, ao ponto que o legislador, por motivos que ainda serão ponderados, deixou certa margem de liberdade para que o Administrador Público fosse capaz de definir a forma mais adequada de sua atuação.

Em uma análise meramente técnica, a discricionariedade não configura qualquer aspecto incompatível com a legalidade, pelo contrário, esta encontra-se revestida de licitude, de modo que os atos que advêm da mesma são inteiramente legítimos. Nada obstante, o perigo reside nos excessos praticados pelo administrador público na discricionariedade, isto é, quando o agente utiliza da autonomia facultada para atuar de forma arbitrária e atingir proveito diverso do interesse público.

Normalmente, a situação verificada na arbitrariedade é do administrador desviando a finalidade vinculada para obter benefício em nome próprio ou, até mesmo, de terceiro. Diante de toda matéria estudada, resta cristalina a correspondência de tal prática com as condutas corruptas frequentes no país. Portanto, o que se pode extrair dessa análise é que o administrador usa das disposições legais, bem como do poder discricionário a ele revestido, para a execução mascarada de seus atos de corrupção, em preterição ao interesse público.

Nessa esteira, devido ao fato de a Lei 12.846/2013 ter como objetivo, justamente, a disseminação da cultura anticorrupção, para auxiliar na erradicação de tal fenômeno social, faz-se necessária uma apreciação atenta da discricionariedade concedida ao administrador em seus dispositivos, uma vez que o risco de ocorrência de arbitrariedades é grande. Dessa forma, a possibilidade de incidência dos excessos através do Poder Discricionário pode caracterizar, não apenas um esvaziamento do propósito da legislação, como sua reversão, tornando-se um perverso incentivo à corrupção.

Ao tratar de tema com tamanha importância e impacto no desenvolvimento do país, desconfia-se da forma que a Lei Anticorrupção foi editada e sancionada. Primeiramente, é essencial salientar que o Projeto de Lei que deu origem ao diploma normativo em comento encontrava-se parado, no Senado Federal, desde meados de 2011, até que, após a onda de revoltas populares de 2013, conhecidas como “Jornadas de Junho”, o projeto foi discutido e transformado em lei em período inferior a dois meses. Tal constatação, por si só, não indica qualquer irregularidade, porém, por se tratar de tema tão influente nas estruturas sócio-econômicas do país e com tantas inovações, é possível que a celeridade dada ao trâmite pode ter prejudicado na forma de delimitação dos dispositivos legais, inclusive, o espaço para a prática da discricção.

Ademais, diante do grau de discricionariedade conferido à Administração Pública, bem como a vasta amplitude semântica dos dispositivos, compreende-se que o legislador instituiu de forma proposital a abrangência das disposições legais. O dilema principal é o motivo para tal decisão: porque o legislador optou por tamanha discricionariedade e imprecisão nos termos da Lei Anticorrupção? Não é possível indicar uma resposta correta, uma vez que pode se tratar de mero

escopo do legislador em permitir que o administrador público se adapte às circunstâncias percebidas no caso concreto ou, até mesmo, a inexistência de previsões mais delimitadas para obstruir a concretização dos termos legais, tendo em vista que prejudicaria indiretamente dezenas de políticos ligados à pessoas jurídicas, bem como demais agentes públicos mal intencionados.

Dessarte, perante a impossibilidade da resposta acima, resta a análise dos dispositivos sujeitos a atuação discricionária e aos termos imprecisos, como será proposto no próximo item.

3.1. Dispositivos sujeitos ao Poder Discricionário da Administração

Consoante exposição anterior, foi confiado ao administrador público um espaço de liberdade de atuação perante alguns dispositivos da Lei Anticorrupção. Cumpre lembrar que a atuação discricionária do administrador não representa um exercício livre, em outras palavras, o agente público permanece vinculado à lei, de modo que sua margem para discricionariedade é previamente determinada pelo diploma normativo.

Dessa forma, a Lei 12.846/2013, após sua edição, proporcionava ao administrador um espaço excessivamente amplo para atuação em certas situações, como ocorria com a imposição de multa administrativa, prevista em seu artigo 6º, I. O agente público devia, através de seu próprio juízo, mensurar o montante devido pela pessoa jurídica.

Apesar da vinculação do motivo para o exercício do Poder Discricionário, ao verificar a aplicação da norma nos casos concretos, concluiu-se que o grau de discricionariedade atribuído ao dispositivo embaraçava a ascensão do objetivo buscado pela lei em comento. Sob esta ótica, o legislador, através da edição do Decreto Federal nº 8.420/2015, fixou parâmetros a serem observados para a imputação da referida sanção administrativa. À vista disso, houve a delimitação prévia da maneira que deve atuar a Administração Pública.

Todavia, ainda pode ser observado, em alguns itens normativos, um nível de discricionariedade concedido ao administrador, de modo que é imprescindível que o agente

público desempenhe sua função respeitando os princípios da Administração Pública, pautando-se em ética e probidade.

Um dos dispositivos que expressa a possibilidade de atuação do agente, sem que haja uma total vinculação, é o, já citado, artigo 6º, I da Lei 12.846/2013. Ao versar sobre a responsabilização administrativa, o artigo regulamenta que será aplicado multa à pessoa jurídica, em resposta à prática de atos lesivos ao Poder Público. Ainda que enuncie orientações para a tomada de decisão, cabe ao administrador optar qual será o conteúdo mais adequada da sanção. Este entendimento não uníssono na doutrina brasileira, conforme ainda será apresentado.

Além deste, outro ponto estampa um grau de discricionariedade permitido pelo legislador, qual seja o Acordo de Leniência. Previsto no capítulo V da lei em comento, o Acordo de Leniência é uma medida já presente no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da qual a pessoa jurídica infratora pode realizar um acordo de colaboração com a Administração Pública, visando reduzir ou revogar as sanções administrativas a ela impostas. Este instrumento de combate à corrupção reflete um terreno perigoso entre vinculação e discricionariedade, em especial no que tange o artigo 16, § 2º, de modo que será aprofundado a frente.

3.1.1. Aplicação das sanções administrativas

O presente estudo permite compreender que a Lei Anticorrupção mostra-se como um marco na guerra travada contra a corrupção, bem como um símbolo para a resistência popular, que pôde acreditar na emergência de uma nova política governamental, tracejada pela satisfação do interesse público. O fato de, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, haver a disposição legal da responsabilização objetiva das empresas, figuras assiduamente presentes nos escândalos de corrupção, demonstra, no mínimo, uma mudança de postura do Poder Público. Entretanto, não se pode deixar acreditar que a simples edição da lei configura uma alteração na situação fática da sociedade brasileira.

Faz-se necessário, portanto, uma análise da extensão que alcançará a referida norma na esfera concreta da realidade. Nessa esteira, com esta finalidade, mostra-se primordial a

observância de um dos meios de associação da regra com o caso concreto: as sanções administrativas pelas quais são condenadas as empresas infratoras.

Em concordância com a matéria exposta, é possível constatar duas sanções administrativas na Lei 12.846/2013 que, após apuração mediante Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, devem ser aplicadas ao infrator. A primeira, prevista no artigo 6º, I, determina multa com base no faturamento bruto anual da pessoa jurídica, podendo variar entre o patamar de 0.1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento). A segunda, prevista no referido artigo, porém em seu inciso II, designa que haverá publicação extraordinária da sentença condenatória da responsabilização da pessoa jurídica. O objetivo deste ponto não é reapresentar todos os aspectos das sanções administrativas, mas identificar a incidência - ou não- de exercício de Poder Discricionário na aplicação das mesmas.

O inciso I do dispositivo 16 é claro ao consolidar a penalidade a ser aplicada, qual seja a multa administrativa. Além disso, o legislador é preciso, também, em apontar qual será a base de cálculo para a sanção, demarcando o método de aplicação da sanção pelo agente e, consequentemente, caracterizando a vinculação do ato administrativo a ser praticado.

Todavia, há um fragmento do artigo em que o legislador mostrou-se omissos, uma vez que apresentou uma opção exclusiva para a atuação do administrador. O trecho em questão é “o valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento)”, o qual não resta estabelecido com precisão qual patamar deve ser utilizado na sanção administrativa a ser aplicada. Em vista disso, cabe ao administrado público apreciar o caso concreto, mediante todas as circunstâncias influenciadoras, para que a partir daí, através de contemplação dos princípios da Administração Pública, bem como dos critérios de oportunidade e conveniência, possa eleger dentre as hipóteses de valores possíveis, a mais adequada ao cumprimento da finalidade vinculada ao regramento.

Por conseguinte, sobeja amplamente identificado que há, neste dispositivo, uma margem de liberdade para a prática da discricionariedade. Ainda que o Decreto Federal nº 8.420/2015 tenha introduzido parâmetros legais a serem seguidos tanto para a aplicação da sanção, quanto para a mensuração da multa, estes não implicam na vinculação da norma, isto porque, mesmo com a

ponderação de todos os fatos considerados, ainda restará ao administrador a escolha do valor pertinente, dentre diversas opções legítimas de valores.

No mesmo sentido, identifica-se o poder discricionário no § 4º do artigo 6º do referido diploma legal. Este dispositivo dispõe sobre a metodologia de aplicação da multa nas hipóteses em que não é possível apurar ou utilizar o critério do faturamento bruto anual da pessoas jurídica, devendo ser adotada a multa no montante entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Igualmente, o legislador deixa de se manifestar especificamente sobre o importe devido, deferindo um ambiente de para a discricção ser praticada pela Administração Pública.

Assim como no que toca o estudo singular da discricionariedade, não é uníssona a compreensão da doutrina brasileira sobre o tema. Convém, então, evidenciar o entendimento do ilustre administrativista José dos Santos Carvalho Filho. Para Carvalho, a aplicação da penalidade não constitui atuação discricionária, eis que o administrador deverá sua decisão de forma vinculada aos elementos e dados produzidos no processo administrativo. Sem embargo, sustenta, igualmente, que para a aplicação devida da sanção é essencial a observância do princípio da proporcionalidade.

Corroborar, em parte, de tal ensinamento a professora Di Pietro, ao acreditar que a margem ofertada para a dosimetria da pena não configura, no mérito administrativo, a discricionariedade. Segundo a autora, o fato da existência de parâmetros de avaliação, combinada com a necessidade de manifestação precedente, impede a composição de um ato administrativo discricionário⁴⁶.

Em contrapeso aos juristas citados, o doutrinador Thiago Marrara, em sua obra “A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa”, leciona que, apesar da obrigação na prática de determinado ato, ele pode deter uma margem de escolha quanto ao conteúdo. Por outra forma, embora o dever de sancionar seja

⁴⁶ DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014, p. 932.

vinculado à norma, a escolha quanto ao conteúdo do ato carrega dada carga de discricionariedade⁴⁷.

Cumprido destacar um ponto ainda não abordado acerca da discricionariedade e que se esculpe essencial para análise de sua relação com a aplicação dessas sanções, qual seja a observância dos Princípios intrínsecos à Administração Pública. Além dos parâmetros indicados em lei, o Poder Discricionário deve observar os Princípios Públicos tidos como base do Devido Processo Legal: da Legalidade; da Finalidade Administrativa; da Razoabilidade; da Proporcionalidade; da Motivação; e da Impessoalidade.

Dentre estes, destaca-se, inicialmente, o princípio da razoabilidade, ao deparar-se com as diversas situações em que a face sancionadora do Estado é exercida através de conceitos abertos, restando grau de discricionariedade para sua atuação. Neste prisma, extrai-se que a razoabilidade, apesar de ser um conceito indefinido, consiste na práticas de ato pautado no bom senso, na moderação, na adequação e na coerência. A administração Pública deve avaliar a correspondência entre os meios empregados, a finalidade pretendida, bem como os efeitos prováveis decorrentes de sua prática.

Acerca do tema, o doutrinador José Roberto Pimenta Oliveira compreende que a observância do princípios da razoabilidade pela Administração Pública, no exercício de suas funções, é primordial para garantir a legitimidade desses atos. Desse modo, o princípio é utilizado como vetor das intervenções administrativas, auxiliando a justificação da prática⁴⁸.

Outro preceito indispensável para o regular exercício do Poder Discricionário é o princípio da proporcionalidade. Embora em dados momentos estes se confundam, em termos técnicos a proporcionalidade se difere da razoabilidade. Aquele reflete na busca pela harmonização entre os interesses e os conflitos, evitando excessos e legalismos indevidos.

⁴⁷ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 259, p. 215, jan./abr. 2012.

⁴⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473.

No que tange ao Poder Público, Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que as competências administrativas têm validade, apenas, mediante exercício proporcional entre a demanda e o cumprimento da finalidade do interesse público⁴⁹.

Nessa esteira, retomando o exame da Lei 12.846/2013, sabe-se que esta previu sanções administrativas aplicáveis às condutas lesivas, fixando os termos de sua aplicação, bem como as orientações concernentes a dosimetria de sua multa. Contudo, ainda que haja parâmetros estipulados em lei, faz-se necessário a apreciação do princípio da razoabilidade, além do exercício do Poder Discricionário, para auferir medida repressiva adequada, necessária e proporcional.

Mister pontuar, ainda, que a ausência de regulamentação na presente legislação reflete situação de risco, isto porque, por mais que deva respeitar os limites impostas pela regra, a atuação de agente públicos ímprobo, disfarçada de discricionariedade, possibilita que a aplicação da sanção se norteie pela conveniência política, interesses privados escusos ou por inclinações acerca de concorrência mercantil.

Por fim, depreende-se que é viável identificar a discricionariedade nos atos administrativos praticados para aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção. A margem de atuação autônoma do administrador não é exclusividade do artigo 6º, sendo verificada em outros pontos da norma. Outro instrumento de fomento da cultura anticorrupção é o Acordo de Leniência, o qual permite a colaboração entre pessoa jurídica infratora e Poder Público. Assim como nas sanções administrativas, no acordo de leniência é possível a identificação de aspectos da discricionariedade administrativa, conforme será exposto a seguir.

3.1.2. Discrição no Acordo de Leniência

Preliminar à pesquisa acerca do grau de discricionariedade atribuído aos artigos que versam sobre o acordo de leniência, é imperiosa a apreciação deste instituto do direito, para melhor compreensão de todas as suas particularidades. Partindo de um contexto de uma cadeia

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.110.

de corrupção, verifica-se que seu trâmite ocorre de forma velada, com informações limitadas, sem que haja sequer o total conhecimentos dos dados pelos envolvidos. Essas circunstâncias promovem imensa dificuldade à Administração Pública na investigação dos delitos e apuração de responsabilidade dos infratores e beneficiários.

Diante do enfrentamento durante anos desta situação, o legislador nacional, assim como aqueles da Europa e Estados Unidos, percebeu que seria inútil persistir somente com os métodos investigativos tradicionais, tendo em vista, que nem mesmo os mais agressivos eram capazes de alcançar certas informações indispensáveis⁵⁰. Nessa esteira, uma das soluções encontradas pelo legislador foi a criação do acordo de leniência, isto é, um acordo de colaboração celebrado entre uma pessoa jurídica e a Administração Pública em que, de um lado a empresa auxilia o administrador na obtenção de informações para a investigação e o processo administrativo, enquanto por outro lado o administrador provê ao infrator alguns benefícios referentes a sua condenação. Uma das inspirações para a criação do acordo é a uma das teorias clássicas da Filosofia do Direito, conhecida como “Dilema dos Prisioneiros”, a qual analisa a desconfiança natural entre os indivíduos que praticam um ilícito em conjunto, sobejando os efeitos dessa instabilidade no ânimo de entregar um ao outro perante a autoridade.

O instrumento em questão tem por objetivo o convencimento do indivíduo em cambiar para o “lado” do administrador. Portanto, o infrator deixa de ser visto como um inimigo e passa a ser considerado um colaborado, com as devidas compensações de penas mais leves.

A inauguração desse mecanismo em território nacional foi em razão da edição da lei 8.884 de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei Antitruste, a qual previa tal medida em seu artigo 35-B. Posteriormente, esse dispositivo foi revogado pela Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, norma que versa sobre as infrações de ordem econômica, prevendo, em seu artigo 86, o acordo de leniência a ser realizado entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada da infração.

⁵⁰ MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiomarrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>> Acessado em: 20/06/2018.

Na Lei Anticorrupção, o acordo de leniência vem abarcado nos artigos 16 e 17, os quais demonstram *o modus operandi* especial particular que deve ser praticado em busca da cooperação dos setores público e privado. Com fulcro no artigo 16, extrai-se que cabe a autoridade máxima do órgão ou entidade pública lesada a faculdade de celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas autoras ou envolvidas de alguma forma nos atos tipificados nesta norma, desde que estas colaborem efetivamente com a investigação e com o processo administrativo. Por colaborar efetivamente, o legislador dispôs no próprio artigo que representa a identificação de outros envolvidos no ato e a rápida obtenção de dados que comprovem o cometimento do ilícito.

À frente, já vale salientar que há dificuldade por parte da doutrina de compreensão do termo “autoridade máxima”. Em especial ao tratar da Administração Direta, resta dúvida acerca de qual órgão exato competente para a realização do referido acordo. Ainda sobre a competência, os juristas pátrios aduzem essa indefinição da autoridade, possibilita que qualquer setor da entidade lesada possa promover o acordo, o que configura uma medida ineficiente. Dessa forma, defendem que os acordos se concentram em um órgão especialista em controles internos, que possuem estrutura e capacidade para proceder tal mecanismo de forma mais idônea, qual seja a Controladoria-Geral da União

Além da questão da competência, a legislação impõe, ainda em seu artigo 16, um rol de requisitos necessários à promoção dos acordos de leniência: I - que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o interesse de cooperação para apuração do ato ilícito; II - a cessação do envolvimento da pessoa jurídica com a infração cometida; e III - que a pessoa, além de admitir sua participação, coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo.

Um dos requisitos mais discutidos no âmbito do direito administrativo é o instituído pelo inciso I do referido artigo. Ao tratar da regra de que a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar, o legislador gerou uma confusão de definições. Para alguns autores, essa questão reflete na necessidade de demonstração de interesse de cooperação pela pessoa jurídica antes de qualquer provocação do Poder Público. Já a doutrina majoritária compreende que trata-se do critério do primeiro colaborar, derivado da teoria estrangeira conhecida como

“first serve, first come”. Nesse sentido, percebe-se o estímulo ao cunho de instabilidade inerente a relação dos envolvidos, de modo que, sendo apenas um beneficiado, gera uma espécie de corrida em busca do acordo primogênito.

Em contramão, os benefícios concedidos às pessoas jurídicas celebrantes do acordo de leniência estão previstos no artigo 16, § 2º. O primeiro deles é a isenção de publicação extraordinária da decisão condenatória, o que pode ser considerado uma das sanções mais brandas e, portanto, de mais simples revogação. Além desta, a norma prevê que, cumprindo com a colaboração, a pessoa infratora não fica proibida de receber recursos vindos do Poder Público. Por fim, outra vantagem de cunho financeiro é acerca da aplicação da multa, uma vez que, apesar da condenação persistir, a multa será reduzida em até $\frac{2}{3}$ (dois terços) de seu valor. Essa última, será objeto do estudo acerca da discricionariedade aplicada na concretização do acordo de leniência.

No que toca aos efeitos causados, há algumas críticas doutrinárias a serem expostas. A Lei 12.846/2013 foi clara quanto aos requisitos e benefícios concernentes à celebração do acordo de leniência, contudo, não repetiu tal feito em relação aos efeitos. Ante a ausência de regulação, não se sabe ao certo quais efeitos penais são produzidos pela colaboração, portanto, a investigação, no âmbito criminal, persiste. Outro efeito preocupante da norma é a possibilidade de punição da pessoa jurídica na esfera nacional e na internacional, isto porque, as leis de combate à corrupção tem característica extraterritorial, de modo a garantir um sistema internacional de cooperação. Apesar de se tratar de uma questão de *bis in idem*, ou seja, a dupla penalização por um mesmo ato, por questões de soberania, tal argumento não é aceite para isentar-se de uma punição em outro país.

Analisadas amplamente as principais características do acordo de leniência, cabe um exame da influência do poder discricionário nesta medida legal. Ainda que se configure como um instituto com enorme grau de vinculação, considerando que os artigos 16 e 17 da lei em comento apresentam disposições que regulamentam os requisitos e os resultados do acordo de leniência, não se pode afirmar que há exclusivamente a característica de vinculação do ato administrativo. Além dos conceitos indefinidos, tais como o termo “autoridade máxima”,

verifica-se, também, em um dos principais dispositivos acerca do tema, um aspecto discricionária ofertado ao administrador.

Conforme se apura no artigo 16, § 2º, o legislador brasileiro estipula que a multa administrativa prevista no artigo 6º, I, poderá ser reduzirá em até $\frac{2}{3}$ (dois terços) o valor da referida multa. A expressão “em até” gera, automaticamente, uma margem de liberdade de atuação do agente público, isto é, o administrador, através da ponderação dos critérios de oportunidade e conveniência, bem como dos princípios basilares da Administração Pública, irá definir qual a melhor escolha dentre as possíveis de valor para a redução da multa.

A compreensão supracitada é corroborada pela jurista Juliana Bonacorsi. Segundo a autora, a celebração do dito acordo está envolta de discricionariedade administrativa, de forma que atuação imperativa se dá através da escolha das opções colocadas à disposição da Administração Pública⁵¹.

Em que pese apresentar um entendimento diverso acerca da qualificação geral do instrumento, Maurício Zockun leciona que tanto na diminuição do alcance da pena, quanto na mensuração do valor a ser reduzido da multa administrativa, foi outorgado ao administrador um nível de liberdade legítima para sua atuação discricionária⁵².

Deste modo, totalizando o estudo realizado, reconhecida a discricionariedade administrativa presentes nos dispositivos da lei, há que se preocupar com os verdadeiros efeitos que esta pode causar aos casos práticos.

Ao se considerar que há uma linha tênue entre a atuação discricionária e a atuação arbitrária do administrador público, deve-se redobrar os cuidados ao abordar o tema da corrupção, como é o caso da Lei 12.846/2013. No contexto dessa mazela social, de um lado,

⁵¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 285.

⁵² ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. Revista Colunistas Direito do Estado, n. 142. 14 abr. 2016. Disponível em

<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-noacordo-de-leniencia>>. Acesso em: 20 jun. 2018

encontra-se o corruptor, muitas vezes na figura de uma pessoa jurídica, do outro, o corrupto, que, majoritariamente, verifica-se na figura de um agente público. Portanto, em especial nos casos em que há liberdade para que o administrador tome decisões, há enorme risco de dissimulação de uma prerrogativa do Poder Público, para uma atuação ilícita em busca de interesses escusos.

Isto posto, a ausência de regulamentação de aspectos legais na Lei 12.846/2013, por si só, não configura qualquer adversidade, ao passo que, sua inserção na prática gera o risco de concessão do poder discricionário nas mãos de agentes, cuja atuação é pautada em interesses subversivos. Sob esta ótica, o objetivo principal da norma em comento, qual seja a disseminação da cultura anticorrupção, pode ter seu sentido, não apenas, anulado, mas revertido, criando novos focos de corrupção ao redor do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O foco do presente trabalho foi abordar um dos temas de maior relevância do atual contexto político-social do Brasil, a corrupção. Através de uma análise preliminar da Discricionariedade, instituto inerente ao mérito administrativo, em observância a sua relação com a Lei 12.846/2013, considerada, atualmente, como um dos principais meios de combate à referida mazela social. A partir de um estudo das características da lei em consonância com a possibilidade de atuação discricionária da Administração Pública, viabilizou-se apurar os efeitos concretos da legislação e alguns riscos iminentes que corre com sua inserção na sociedade.

A discricionariedade administrativa reflete a prerrogativa, que é tida por muitos como um poder-dever, que é concedida ao administrador, por meio de delimitações claras acerca dos limites da sua atuação, para optar entre a melhor hipótese de aplicação da lei. Esse juízo praticado pelo agente público deve ser pautado nos critérios de conveniência e oportunidade, sem olvidar, jamais, dos princípios inerentes à Administração Pública, em especial o princípio da razoabilidade.

No que tange a legislação estudada, extrai-se que a mesma faz parte de uma corrente mundial de combate a essa espécie de prática, que assola sociedades ao redor do planeta. A Lei 12.846/2013, vulgarmente conhecida como “Lei Anticorrupção”, introduziu ao ordenamento brasileiro inovações que, mesmo com curto lapso temporal de vigência, já ocasionaram diversos impactos positivos e, conseqüentemente, reparações de alguns danos causados à população.

Ao abordar uma análise conjunta dos tópicos apresentados, pode-se identificar a clara existência da atividade discricionária na aplicação dos dispositivos da Lei anticorrupção ao caso concreto. Nessa esfera, surge o ponto cerne da presente dissertação, qual seja os efeitos da discricionariedade administrativa na aplicação da referida lei.

Conclui-se, portanto, que a singularidade do Poder Discricionário não representa inconvenientes em relação à aplicação da lei. Entretanto, por se tratar de tema de extrema relevância e que, em grande parte das vezes quem figura nos atos de corrupção é o próprio

agente público, faz-se necessário dosar a quantidade de liberdade ofertada ao administrador, para evitar que sua atuação ilícita esteja dissimulada em atividade discricionária.

Espera-se que o presente trabalho auxilie na discussão da efetividade da norma e impactos causados pela discricionariedade, para que se possa debater, argumentar e rebater cada um de seus aspectos negativos, a fim de que sua discussão chegue cada vez mais perto de alcançar uma efetiva mudança na cultura corrupta enraizada em todas as estruturas da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2017.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A960D383A530729356645A9A86AD66AD.node1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010.

CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/13. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

_____. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 259, p. 215, jan./abr. 2012.

_____. Lei Anticorrupção Permite que Inimigo Vire Colega. Consultor Jurídico, São Paulo, 15 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiomarrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega> > Acessado em 20/06/2018.

MEIRELLES, H.L. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 1999.

MELLO, C.A.B. de. Discricionariedade - Fundamentos, Natureza e Limites. Revista de Direito Administrativo, vol. 122, 1975.

_____. Discrecionalidade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discrecionalidade – Novas Reflexões Sobre os Limites e Controle da Discrecionalidade. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

NETO, Affonso Ghizzo. Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação, 2008, p. 20. <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91468/260981.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 19/06/2018

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Revista brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 19, jan./mar. 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

VASQUES, Fábio. Direito administrativo sancionador e constitucionalidade da responsabilização objetiva da lei anticorrupção. Jus.com.br, Rio de Janeiro, Jan. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/55359/direito-administrativo-sancionador-e-constitucionalidade-da-responsabilizacao-objetiva-na-lei-anticorruptao>> acesso em 20/06/2018.

WILLEMANN, Flávio de Araújo e MARTINS, Fernando Barbalho. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discrecionalidade no Acordo de Leniência. Revista Colunistas Direito do Estado, n. 142. 14 abr. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discrecionalidade-noacordo-de-leniencia>>. Acesso em: 20 jun. 2018